

Articoli/Articles

FECONDAZIONE ETEROLOGA ED ESERCIZIO
DELLA AZIONE DI DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ:
UNA LUNGA QUERELLE NON ANCORA SOPITA
Commento alla sentenza 26 febbraio-16 marzo 1999
n. 2315 della Corte di Cassazione

VITTORIO FINESCHI

Istituto di Medicina Legale, Università degli Studi di Bari, I

PAOLA FRATI

Istituto di Medicina Legale, Università degli Studi di Macerata
Consulente legale, IRCSS Neuromed, Pozzilli, (IS), I

SUMMARY

*HETEROLOGOUS FECUNDATION AND THE ISSUE OF PATERNITY:
A LONG LASTING QUERELLE*

The almost total disinterest of legislators in the area of artificial fecundation has prompted the frequent involvement of magistrates thereby giving rise to innovations which depart from the previous tendencies of jurisprudence. The latest sentence of the Supreme Court on heterologous fecundation and the issue of paternity merits special attention because of its innovative principles.

Ancora una volta il fenomeno dell'inseminazione artificiale è tornato ad interessare l'opinione pubblica, delegando alla magistratura il difficile compito di fissare criteri d'indirizzo in una materia caratterizzata da un deplorabile quanto pericoloso vuoto normativo. E così nell'arco di pochi mesi, gli organi della magistratura più rappresentativi, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, sono stati chiamati a pronunciarsi su uno degli aspetti etici e giuridici più controversi in materia di fecondazione eterologa: l'esercizio della azione di disconoscimento ai sen-

Key words: Heterologous fecundation - Issue of paternity.

si dell'art. 235 c.c. da parte del partner maschile di una coppia nonostante il precedente assenso all'intervento medico.

Come osservato dalla dottrina giuridica e medico-legale, è doveroso sottolineare il ruolo inappropriato rivestito *ob torto collo* dal giudice in questa materia, costretto sovente in assenza di una legislazione specifica sul punto a risolvere i contenziosi di sua competenza con riferimenti a principi giuridici generali e spesso non del tutto appropriati ed esaustivi¹.

Per il noto *brocardo pater is est quem nuptiae demonstrant*, l'art. 231 c.c. stabilisce la presunzione *iuris tantum* che il marito padre del figlio concepito durante il matrimonio e che si ha concepimento quando il figlio è nato dopo centottanta giorni dalla celebrazione e prima di trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio stesso. In linea generale, quindi, pur essere riconosciuta l'operatività di tale presunzione anche in caso d'inseminazione eterologa qualora la madre dichiari all'anagrafe il figlio nato da donna coniugata².

Il punto nevralgico affrontato nel corso degli anni dalla magistratura concerne la diversa ed ulteriore ipotesi della illiceità etica e giuridica della revoca del consenso del marito all'inseminazione artificiale con seme di donatore. Il primo precedente si colloca lontano nei tempi, coinvolgendo alla fine degli anni '50, i Giudici Romani in un conclamato caso d'impotenza generandi causata da asportazione dei testicoli³.

La decisione dei giudici di accogliere l'istanza di disconoscimento di paternità non ravvisandosi nel consenso prestato dal marito né una paternità morale né una rinuncia all'azione di disconoscimento ha dato inizio ad un copioso filone giurisprudenziale, volto all'affermazione della priorità in materia di filiazione del vincolo biologico su quello morale e psicologico.

Ma già in quegli anni il Trabucchi annotava sfavorevolmente la sentenza, sostenendo la possibilità di una paternità solo morale, libera da ogni implicazione biologica.

Adducendo come esempi di paternità morale l'istituto dell'adozione e la presunzione di paternità del figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, osservava tra l'altro la difficoltà di assegnare un padre diverso da quello morale al figlio nato con seme di donatore

anonimo. Il fondamento della filiazione veniva, pertanto, ravvisato dall'autore nel consenso all'inseminazione artificiale ovvero in quell'atto di volontà consapevole e libero da ogni coercizione di assumere lo status di genitore con i relativi obblighi e doveri.

Il benessere del futuro bambino merita, infatti, la più ampia tutela poiché la sua esistenza dipende da una precisa scelta operata da due soggetti perfettamente in grado d'intendere e, quindi, di volere l'atto procreativo. E a ragione è stato osservato che nella fecondazione artificiale l'intento di generare assume un'intensità maggiore rispetto alla procreazione naturale proprio perché auspicato come valido rimedio per superare l'impasse dell'infertilità. Una tale determinazione da un punto di vista etico difficilmente può essere privata di efficacia, venendo a compromettere inevitabilmente il diritto del concepito in provetta ad essere inserito in un contesto familiare adeguato ed idoneo a garantire una vita serena⁴.

Tuttavia, argomentando da un punto di vista strettamente giuridico, le successive pronunce della giurisprudenza di merito hanno nel corso degli anni confermato l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento, ravvisando come elemento fondamentale di individuazione di paternità il vero reale, cioè la derivazione biologica piuttosto che il consenso all'inseminazione. Quest'ultimo sarebbe, infatti, privo di rilevanza giuridica poiché la sostituzione di un atto negoziale alla paternità biologica non trova nel nostro ordinamento alcun fondamento normativo⁵.

Del resto lo stesso status di figlio legittimo, afferente ad una posizione giuridica indisponibile, in quanto proprio della sfera personale di un soggetto non ammette costituzione mediante un atto volontaristico, di autonomia negoziale. E se tale argomentazione alla luce delle disposizioni vigenti sembra difficilmente contestabile se non in un'ottica di *iure condendum*, invece maggiori perplessità suscita l'applicazione dell'art. 235. C.c. alla fattispecie dell'inseminazione mancando fra i medesimi identità di ratio.

L'azione di disconoscimento è volta a tutelare la sacralità del matrimonio, venendo a colpire con previsioni tassative il sospetto dell'adulterio e, quindi, la violazione da parte della moglie del dovere di fedeltà proprio del vincolo coniugale. Nel contesto storico in cui è stato promulgato il codice civile erano del tutto

sconosciute al legislatore le future potenzialità della scienza medica in materia di procreativa e la mancata revisione dell'articolo a seguito della promulgazione della legge sulla famiglia del 1975 non facoltizza a ravvisare in tale atteggiamento un consenso esplicito all'estensione dell'art. 235 c.c. alla fattispecie dell'inseminazione artificiale.

Del resto, quello che manca nella fecondazione è proprio il rapporto carnale della donna con un altro uomo, poiché l'intervento medico nel ciclo naturale della vita frutto di una comune decisione, al di fuori di ogni possibile violazione del dovere di fedeltà.

Il marito scegliendo consapevolmente la via della fecondazione artificiale viene a compiere legittimamente un atto responsabile e decisivo per la nascita del figlio, non essendo pertanto giustificabile, se non altro da un punto di vista etico, la scelta successiva di dar corso al disconoscimento⁶.

Tuttavia l'assoluta mancanza di una idonea regolamentazione legislativa in materia, posto che l'attuale ordinamento giuridico è basato in effetti sulla procreazione con metodi naturali, senza alcuna previsione di ipotesi di fecondazione assistita che hanno comportato una vera e propria rivoluzione degli schemi giuridici tradizionali di paternità e maternità, non può consentire al giudice, mero interprete della norma, di sostituire a quella volontà un'altra contraria o diversa.

Avvertendo, comunque, un certo disagio nell'interpretazione della norma vigente, soprattutto laddove la stessa necessariamente, se letta formalmente, viene a compromettere l'interesse del figlio a veder tutelato il proprio status con i relativi diritti, la magistratura negli ultimi due anni si è fatta carico del tentativo di risolvere positivamente la situazione dapprima con un'ordinanza da parte dei giudici napoletani di remissione alla Corte Costituzionale, culminata nella nota sentenza del settembre '98 e ancor più recentemente con la pronuncia della Cassazione del marzo '99.

E se la Corte Costituzionale, con una sentenza piuttosto sbrigativa, invitando il legislatore ad un sollecito intervento, da un lato ha circoscritto l'operatività dell'art. 235 c.c. ad ipotesi di disconoscimento tassative relative comunque alla presenza di un rapporto adulterino e dall'altro ha ribadito il principio d'indisponibilità degli status, la Cassazione, pur con qualche caduta,

ha colto il messaggio inviatole: *nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercatore nel complesso sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali.*

Del tutto corretta è la ricostruzione storico-giuridica operata dalla Corte di Cassazione al fine di delineare l'ambito operativo dell'art. 235 c.c. Tale disposizione, come già in precedenza osservato, nata in una epoca in cui il fatto procreativo esige necessariamente il rapporto carnale fra uomo e donna, contempla inevitabilmente ipotesi di concepimento mediante relazione extraconiugale: adulterio, difetto di coabitazione, ecc.

Ne consegue l'importante differenza di natura fra inseminazione artificiale e concepimento avvenuto a seguito di relazione extraconiugale, poiché nel primo caso il progetto di genitorialità nasce da una precisa ed univoca volontà espressa dal marito in tale direzione. Un eventuale ripensamento di quest'ultimo verrebbe a pregiudicare enormemente il bambino che, nato anche grazie al suo assenso, rimarrebbe privo di una delle due figure genitoriali, trasformandosi in figlio di nessun padre.

Sembra, pertanto, contrario ai principi generali del nostro ordinamento consentire, attraverso una statuizione giudiziale provocata, tra l'altro, dalla richiesta del soggetto che ha concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, un'eventuale revoca del tutto immotivata dell'assenso espresso precedentemente.

Di minor rigore logico-deduttivo è la successiva argomentazione addotta dalla Cassazione che testimonia l'inevitabile difficoltà di ricostruzione giuridica della fattispecie attraverso principi generali e, pertanto, non del tutto attinenti al caso concreto.

Evidenziata la natura di azione di accertamento di tipo costitutivo della domanda di disconoscimento, in quanto configura esercizio del diritto potestativo di ottenere dal giudice una pronuncia che modifica la situazione giuridica in atto, la Cassazione nega fermamente l'esercizio della medesima proprio da parte del soggetto che ha concorso a realizzare la situazione giuridica per la cui modificazione è apprestata. Quello che difetta è, infatti, la mancanza di un'aggressione in corso o potenziale da altri commessa o minacciata.

In caso d'inseminazione, il marito, concordando ed attuando con la moglie l'intervento medico, effettua e consuma una scelta consapevole e libera da ogni coercizione per cui un successivo ripensamento verrebbe a rinnegare tale opzione arbitrariamente: eventuali dissidi con il coniuge, insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione, non costituiscono circostanze apprezzabili da un punto di vista giuridico.

Tali argomentazioni, anche se giuridicamente corrette, non sembrano sufficienti per superare il principio della paternità biologica e la pressoché impossibile surroga, in mancanza di una previsione legislativa, del medesimo con quello della paternità morale.

È ancora da sottolineare, quindi, la necessità di un intervento del legislatore che purtroppo tarda ad arrivare. E proprio ultimamente inaccettabili ripensamenti in Parlamento segnano un decisivo regresso in materia se è vero che ancora enormi contrasti suscita l'ammissibilità etica e giuridica della fecondazione eterologa. Il vuoto normativo produce così l'inevitabile effetto di facultizzare tutto e il contrario di tutto, impegnando ormai da tempo il giudice in una vera e propria attività di supplenza legislativa e la statuizione che la Corte di Cassazione, pur con i suoi difetti, ha pronunciato rimane l'unica fornita di ragionevolezza per disciplinare la materia secondo un'auspicabile prospettiva di *iure condendum*.

BIBLIOGRAFIA E NOTE

1. FINOCCHIARO A., *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*. Guida al Diritto 1999;12:48-56: l'Autore pur riconoscendo linearità e dovizia di argomenti alla pronuncia *de quo*, sottolinea la non condivisibile attività di supplenza svolta dal giudice.
2. DE CUPIS A., Art. 235 cod. civ., Commentario al diritto italiano della famiglia 1992; 4: 23-33.
3. TRABUCCHI A., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*. Foro It. 1956;2:1212-1216.
4. FERRANDO G., *Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*. Dir. Fam. e pers. 1997; 2:738-749: l'Autore riconosce ampia operatività alla filiazione morale poiché il consenso non opera come atto privato di disposizione dello status del figlio ma invece come circostanza di fatto determinante per la nascita del figlio, senza la quale il concepimento e la nascita non si sarebbero verificati; DOGLIOTTI M., *La Corte Costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito*

all'inseminazione eterologa. Corriere Giuridico, 1997; 3:261-270; CATENI C., TURILLAZZI E., *Inseminazione artificiale con il consenso del marito ed esperibilità dell'azione di disconoscimento: principi etici e giuridici*. Riv.It. Med. Leg. 1994; 2:772-787.

5. Trib. Cremona 17 febbraio 1994; App. Brescia 14 giugno 1995; Cass 6 aprile 1995: in materia di accertamento della paternità, i valori che oggi la società sente drammaticamente in conflitto in quanto entrambi meritevoli di rispetto, sono, da un lato, quello della c.d. verità legale, preordinata alla tutela dell'unità e dell'intangibilità della famiglia legittima e, dall'altro, quello della c.d. verità biologica, che attiene ai vincoli di sangue.
6. COSSU C., *Filiazione legittima*. Riv.dir.civ. 1995;2:177-190.

Correspondence should be addressed to:
Fineschi V, Via di Città 90 -53100 Siena, I
Frati P., Via Alfredo Fusco 107-00136 Roma, I